

商法第二六五条と自己取引--若干の考察

著者	小沼 喜八郎
著者別名	K. Konuma
雑誌名	東洋法学
巻	24
号	1
ページ	p83-120
発行年	1980-10
URL	http://id.nii.ac.jp/1060/00006042/

商法第二六五条と自己取引

——若干の考察——

小 沼 喜 八 郎

一 はじめに

二 商法第二六五条の取引について

〔1〕 取締役会の承認を要する自己取引

〔2〕 間接取引について

〔3〕 取締役会の承認

〔4〕 取締役会の承認を受けない場合の自己取引について

(1) 取引の効力について

二、自己取引と手形行為について

〔1〕 本条適用の適否と取締役会の承認の適否

三、相対的無効説への批判と課題

〔1〕 批判と検討

〔2〕 課題と立法政策

東 洋 法 学

一、はじめに

商法第二六五条は取締役会が、会社⁽¹⁾の製品その他の財産を譲り受け、会社に対し、自己製品その他の財産を譲り渡し、会社から金銭の貸付を受けるなど、自己又は第三者のため会社と取引を行なう場合、その取締役が会社の利益を犠牲にして私利をはかるおそれがあるため、手続的面からの一般的予防方法として、その取引については取締役会の承認を必要とし、この承認があるときは、かりに民法第一〇八条の規定に該当する場合であっても、これを適用せず、その取締役が同時に会社を代表することもできるとする。かつ自己取引において会社に損害を生じた場合には、その取引をなした取締役代表取締役はもちろん、その決議に賛成した取締役も、連帯して賠償責任を負うものとして自己取引の事後的救済をはかっている。(商第二六六条一項四号、二項)。反面、取締役が自己又は第三者のために会社と取引をする場合(いわゆる自己取引という)、会社にとって常に不利益に陥るとは限らず、例えば会社が取締から自己の必要とする資金又は物を有利に獲得しようという内容の取引もあり、かつその取締を望む場合も多いのであって、余り厳格な規制又は禁止をすることは、かえって会社が望み必要とする取引の機会を奪う結果となり、会社の円滑かつ健全な経営活動の面より妥当でない。したがって法の規制は取引の安全性とかかる会社利益の確保(取引の公正)との調和をいかにかはかるべきかに考慮しているものと考えられる。各国の規制は各々の事情によりその趣旨を異にしているが、とりあえず、わが国の規制にのみ主眼をおきこの問題を考察することとした。自己取引における学説は多岐にわたっているが、本稿においては無効説、相対的無効説、有効説を対象として、かつ、相対的無効説の

立場から、第一に自己取引の直接取引との関係において、本説が論理的妥当性を有しうるのか否か、第二に自己取引に間接取引が含まれるかどうか、そして特に問題となる手形行為が、この取引に含まれるかどうかに関して手形取引の安全の見地から、本説との関連において論理的妥当性を有しうるか否かについて判例、学説とを対比しつつ思考し、第三に相対的無効説への基本的な批判に対しての論理的解答を試みて、相対的無効説の論理的妥当性を見い出そうとすることを本稿の目的とした。そして最後に相対的無効説と商法第二六五条の規定との関連において、諸々の係争解決のためには同条が規定不十分であって将来への問題解決をするためには立法政策の観点をも考慮する必要があることを提起した。

(1) 本条は明治三二年に商法第一七六条として規定され、その後明治四四年に本条後段が加えられ昭和一三年商法の改正に伴い第二六五条として受け継がれた。また昭和二五年の改正により、従来取締役の自己取引に関しては株式会社、監査役の承認と規定されていたのであるが、取締役会の承認と改正されたものであり、本論においては一貫して「取締役の承認」と記述してあるが、判例においては昭和二五年改正前の商法のときは監査役の承認であり改正後は取締役会の承認であることをお断りしておく。

二、商法第二六五条の取引について

〔1〕取締役会の承認を要する自己取引

本条の立法趣旨は、取締役会社間の取引において、両者間の利害が衝突し、会社の利益を犠牲にして、自己又は第

三者の利益をはかるおそれのある場合に会社が不利益をこうむることを未然に防止する措置であるから、取締役の裁量によって、全く会社と取締役の間に利害関係の衝突を来すおそれのない取引については取締役会の承認を必要としない。例えば(イ)運送契約、倉庫寄託契約、預金契約(総合預金契約を含む)等、(ロ)会社が取締役より何等の負担も負わない無償贈与を受ける行為⁽¹⁾、(ハ)債務の履行、相殺⁽²⁾、(ニ)株式の引受並びに現物出資の履行行為⁽³⁾、(ホ)会社に対する無利息の貸付行為⁽⁵⁾、(ヘ)取締役および監査役の報酬総額を株主総会が決定し、その配分方法を取締役会に一任し、取締役会はその中から社長および専務取締役の報酬を決定し、その配分を社長に一任した場合、社長自身が自己の報酬を決定する行為等である⁽⁶⁾。つぎに、利益相反のおそれがあるとして、本条の適用によって取締役会の承認を受けなければならぬ場合の範囲であるが、甲がA会社の代表取締役として(イ)個人たる甲と取引をする場合、(ロ)乙の代理人たる甲の資格において取引をなす場合、(ハ)B株式会社代表取締役として両会社のために取引をする場合、(ニ)A株式会社平取締役丙と取引をなす場合、(ホ)A株式会社丁の代理人たる資格において取引をなす場合等が考えられる⁽⁷⁾。したがって、自己取引における取締役と会社間との利害相反のおそれがあるか否かの基準は第一次的には個別的、具体的事情によってではなく、取引を定形的、抽象的に判断し、取締役会の要否を決定している⁽⁸⁾。

(8) 大判 昭13・9・28 民集一七卷一八九五頁

(2) 大判 大9・2・20 民録二六輯一八四頁

(3) 大判 昭5・2・22 新報二二三号一四頁

(4) 福岡高判 昭30・10・12 高判民集八卷五二五頁

- (5) 最判 昭38・12・6 民集一七卷一二号一六六四頁
- (6) 最判 昭31・10・5 裁判集二三号四〇九頁
- (7) 北沢正啓 株式会社法研究「取締役会社間の取引」二四八頁
河井信太郎 株式会社社役職員の刑事責任五一六頁
- (8) 大隅、戸田、河本判例コメンタール商法Ⅱ(下) 六九二頁

〔2〕間接取引について

取締役会の承認を要する自己取引に関しては、取締役が自己又は第三者のためになす取引(直接取引)だけでなく、会社と取締役の間の取引(間接取引ないし三面契約)をも含むか否かが問題である。判例は従来、わが商法第二六五条がその規制の対象としているものは、少なくとも明文上は、会社と取締役個人との取引、および取締役が第三者を代理又は代表として会社と為す取引のみであるとの見解から直接取引限定説の立場にあつたが、次第に第三者にまで商法第二六五条の適用を広め、今日においては間接取引包含説を採用するを通例とし、本条違反の自己取引の効力につき無効とする立場を踏襲しつつ、善意の第三者に対してはその無効を主張できないとする相対的無効説の立場を採るようになった。学説上も間接取引包含説が通説となっている。⁽³⁾その理由とするところは、現代の企業がコンツェルンをはじめとして企業の結合が著しく進行し、複雑な結合関係の網の目に組入れられていると評されるほどその現象が一般的となっている。現に発行済株式の五〇パーセント以上の所有や役員の兼任などによる企業の結合も、二〇ないし三〇程度の結合も非常に数にのぼり、四〇社程度の結合も珍らしくない。そこで会社とその取締役が、取締役

又は支配株主となっている他の会社との間の取引が、規制の対象外となっていることは妥当でないとの見解にもとずき、商法第二六五条に規定する、「自己又は第三者の為に」を、自己又は第三者の名においてとする意味だけでなく、「会社の犠牲において自己又は第三者の利益をはかる」という意味に解釈し、間接取引をも包含するとするものである。⁽⁴⁾日本商法における規定は解釈上、非常に不明確であるが、例えばフランス法は自己取引に関し間接取引に關しても明確な規定をしている。すなわち会社法第一〇一条において、会社と取締役または副社長の一人との間で締結される契約はすべて、取締役もしくは副社長が間接的に利害を有する契約、又はその者が他人を介して会社と締結する契約、さらに会社の取締役又は副社長が、他の所有者、無限責任社員、業務執行者、取締役、副社長または董事会もしくは監事会の構成員であるときには、会社と企業との間で締結される契約は自己取引に該当すると規定している。かつ取締役の自己取引に關する絶対的禁止行為として、第一〇六条は、法人以外の取締役に対して、その形式のいかんを問わず会社からの金銭の貸付を受け、交互計算その他によって信用を受けることを会社に同意させ、又は第三者に自己の債務を会社に保証させ、もしくは手形保証は禁止され、これに反する契約は無効とする。又同条適用の人的範囲は副社長および法人取締役の常任代表者(第九一条)、さらにそれ等の者の配偶者、直系尊属および直系卑属ならびにすべての介在者に対してもおよぶと規定して、間接取引に關しても明確にしている。しかし前述の如く、わが日本商法は間接取引における概念が明文上、明確でなくその適用範囲の解釈において、いかなるときに会社と取締役間の利害相反になるか否か、又取締役会の承認が必要なのかにつき不明の場合が多く取引の安全性が害される危険性がある。そこで取引の安全をはかるために間接取引も直接取引と同様に、それが会社にとって不利であり取締役

の設定

東京地判昭38・1・30下民集一四卷一号一二七頁

⑥代表取締役丙を共通にする甲乙丙会社において乙会社の債務につき甲会社がなした保証

大阪高判昭40・10・19高民集一八卷六号五〇五頁

大阪地判、昭41・12・15判時四八四号六七頁（商法第二六五条を類推適用）

⑦将来甲会社の代表取締役となることが予定されその副支配人として事実上その事業経営を行なっていた乙会社の代表取締役が、乙会社の会社に対する債務支払のために甲会社を代理して乙会社宛約束手形を振出し、その手形を丁会社に裏書したが、丁会社の裏書譲渡当時は甲会社の代表取締役となっていた場合

東京高判昭43・5・16判時五二九号七二頁

※菅原菊志取締役ハンドブック五〇頁引用

(3) 小町谷操三判例商法（総則、会社法、商行為）一二二頁

大浜信泉 株式会社法講座「取締役と取締役会」一〇七〇頁

本間輝雄 ジュリスト四二八頁「商法二六五条にいう取引の意義および同条に違反する取引の効力」一〇二頁

菅原菊志 現代商法学の課題（下）「商法二六五条の適用範囲と違反の効果」一四〇三頁

北沢正啓 株式会社法研究「商法二六五条と間接取引」二六一頁

鈴木竹雄 新版会社法一四八頁

服部栄三 新正会社法九八頁

田中誠二 全訂会社法詳論（上）五六四頁

(4) 菅原菊志 英米会社法の論理と課題（星川記念）「アメリカ法における取締役、会社間の取引」一六一頁

(5) 菅原菊志 前掲現代商法学の課題（下）一四二頁

〔3〕取締役会の承認

自己取引の承認方法としては承認が取締役会の専決事項として承認を受けなければならない。自己取引の当事者たる取締役は特別利害関係を有する者として議決権を行使しえない（商二六〇条ノ二、二三九条五項）。その承認は原則として、各個の取引について承認を受けることが必要であって概括的承認は許されないが、^①「反覆してなされる同種同型の取引については合理的な範囲内で取締役が包括的承認を与えることを認められる。」^②とともに、取締役の承認は必ずしも事前に行なうことを効力要件としていない。但し、取締役が自己又は第三者のために会社の営業の部に属する取引を行なうには、その取引につき重要な事実を開示して株主総会の事前の認許を受けることを要し、その認許は発行済株式総数の三分の二以上の多数で決しなければならなく（商二六四条）、株主全員の合意決議がなされた場合はさらに取締役会の承認を必要とし^③ない。つぎに行為当事者、すなわち承認を受ける義務者は会社と取引をする取締役であつて会社を代表する者ではない。さらに本条の取締役の人的適用範囲としては、取締役が辞任し又は任期満了により退任した場合に、法律又は定款に定められた取締役の員数を欠くとき残留義務にもとづいて取締役の権利義務を有する者（商二五八条一項）、および取締役の欠員補充のため裁判所によって選任され一時取締役の職務を遂行するいわゆる仮取締役（同条二項）、あるいは裁判所の仮処分命令によって選任された取締役の職務代行者（商二七〇条）についても同条の規定が類推適用をされるものと解される。又取締役が例えばAが甲乙両会社の代表取締役を兼ねている場合、いわゆる兼任取締役と呼称するがかかる取締役も同条の適用範囲に含まれるものとされる。^④

- (1) 大判明37・6・21民録一〇輯九五六頁
- (2) 名古屋高判昭41・2・24下民集一七卷一二号九九頁
- (3) 最判昭49・9・26民集二八卷六号一三〇六頁
- (4) 本間輝雄 注釈会社法四卷四一九頁

兼任取締役間の取引については、即ちあるものAが甲乙丙会社の取締役を兼ねている場合両会社間の取引につき(イ)Aが甲乙丙会社の代表取締役を兼ねているときには両会社の承認が必要であり、(ロ)Aが甲会社の代表取締役で乙会社の平取締役を兼ねている場合、乙会社の承認だけでよく、反対に(ハ)A、乙会社の取締役であって甲会社の平取締役の場合には内会社の取締役の承認が必要である。しかし(ニ)Aが甲乙丙会社の代表取締役を兼任しているときでも、甲乙両会社とも他の代表取締役がそれぞれ会社を代表して取引をなし、Aが直接その取引に関与しないときには、いずれの会社においても原則的には取締役会の承認の問題が生じない。

〔4〕取締役会の承認を受けない場合の自己取引について

取締役会の承認を受けない場合の自己取引については商法第二六五条違反の取引として、その取引にかかわる効力と当該取締役の責任が問題となる。特に効力の問題に関しては、会社利益の保護と取引の安全確保という商法の二大原則をどう調整すべきか、という観点より論求する必要がある。しかし、この問題は判例においても変遷しており、学説においても紛糾しており一般的に確定されたものがないという現状であるが、おおよそ判例においては相対的無効説採用の傾向に落着いているやに見受けられ、一方、学説においては相対的無効説と有効説が有力に説かれている。

(1) 取引の効力について

取締役会の承認を受けない取引をいかに解すべきかは議論多岐にわかれている。まず判例の変遷をみると、当初承認のない取引は会社が取消し得べき行為と判旨していたが、⁽¹⁾その後従来の見解を改め、その取引は当然無効の行為であつて、第三者の善意を問わず常に無効を主張できるものとする見解を採った。⁽²⁾さらにその後、かかる取引は無効であるが無権代理に準ずるものとして、追認があれば有効になるとの見解を判旨し、⁽³⁾さらに近時においては、取締役会の承認の無い自己取引は会社とその相手方となつた当該取締役との間では無効であるが、善意の第三者に対しては對抗できない（有効）ものとする相対的無効説の理論を採用している。⁽⁴⁾学説においては、大別すると無効説、⁽⁵⁾有効説、⁽⁶⁾相対的無効説の三説が説かれている。無効説においては会社の利益の犠牲においてその取引を為した取締役およびこれを利用した第三者を保護する必要はないから、かかる取引の効力を無効とする見解であつて、絶対的無効の觀念を別にすれば事後承認を認めることとしている。そしてこの事後承認は無権代理行為の追認とする見解と無効行為の追認とする見解との立場がある。⁽⁷⁾これに対して有効説は取引の安全に重点をおき、同条の規定は会社がその取締役と取引する場合における業務執行の方法を定めたものであり、自己取引については必ず取締役会の決議があることを要し、その決定を代表取締役その他の者に委任できないとの趣旨であるから、取締役会の承認なくしてなされた取引も代表権のある取締役によつて締結された限り有効であるとの見解を採る立場と、⁽⁸⁾田中誠二教授の如く、本条の規定は取締役の能力や権限を制限したものではなく、商法第二六五条違反の行為は効力自体に影響をおよぼすことはなく、ただその取引に係した取締役の義務違反として損害賠償義務を生ずるに過ぎないのであつて、このような行為

によって取得した権利をその取締役又は悪意の第三者が会社に主張するのは権利の濫用として認めることができないとの見解を採る。この見解の根拠は(a)第二六五条が各利害関係者にとり合理的で衡平に合した解決となし目的論的な妥当な解釈は理論構成上無理がない。(b)同条前段の法文は通常取締役の承認義務を規定したものであって、同条後段の民法第一〇八条の代理権の制限を規定したものと異り、ことに後段の民法第一〇八条の規定を適用しない文言は本条違反の行為が民法第一〇八条のように無効にならない趣旨と解すべきである。(c)同条の規定は単に取締役の義務を定めたもので代表権の制限を定めた規定ではない。もし代表権の制限に関する規定であるとしたならば、取締役の代表権に関する商法第二六一条又は同第二六二条について規定すべきせあるのに競業避止義務を規定する同第二六四条について設けられている。(d)会社法の規定は従来一般に考えられているよりも広範囲において効力規定ではなく、命令規定と解するのが会社法の特異性に適合するのであって、本条はまさに命令規定と解すべきである。(e)比較法的考察によっても取締役と会社との取引を無効又は無権代理とすることは世界各国に認められている制度ではなく、英国法は類似の場合の制裁を取締役の罰金に止め効力的制限を加えないし、ドイツ株式法は信用授与行為に限ってのみ制限し制限の範囲は著しく狭い範囲に限られていることに求めている。⁽¹⁴⁾有効説の見解は確かに取引一般につき動的安全を重視する財産権のみでなく、静的安全を重視する財産権(不動産、指名債権)の保護にまでおよび、特に経済取引における信用供与がもたらす取引においても、善意の第三者の保護の立場に立つので取引の安全性は誠に強化されるものと思われる。しかし、取締役の承認を得ない取引を一般的に有効とみなした場合、取締役の承認手続き自体が等閑視され会社の利益を無視した取締役の自己取引を制限することがほとんどできなくなり、取締役に對する損害賠

償責任を認めるのみでは、例えば会社がすでに債務を履行してしまった後では、会社が違反取引の無効を主張して取引の相手方である取締役に対して譲渡した物や手形の返還請求をなしえないとするならばそれは会社の利益保護を目的とする商法第二六五条の規定自体の存在意義が稀薄化されてしまう危険性が大である。所有と経営の分離にもとづく株式会社の現状下にある取締役は、経営者という職業集団に属する人々によって構成されるようになると、取締役相互間には共通の利害意識又は関係をもつようになり、かかる相互間における索制的機能の作用はむしろ期待できないものと思わされること、さらに本条の目的が取締役会の承認をえない限り取締役の自己取引を禁止することにあるのである。⁽¹⁵⁾又本条違反の取引について、民法第一〇八条適用除外の趣旨に関して民法第一〇八条の場合のように無効とならない（有効となる）との見解であるが、本条によって取締役会の承認又は追認をえた場合にもなお民法第一〇八条の適用を受ける怖れがあるので、この場合には同条を適用しないことを注意的に規定したものであると解すべきである。なぜなら本条の規定を一般理に有効と解するためには、本条と趣旨を同じくする民法第一〇八条の双方代理（自己契約）ならびに同五七条、八二六条、八六〇条の利益相反行為の効力が顧みられなければならないが、これらを有効とする見解は現在のところ判例のうえでも学説のうえでもみうけられない。⁽¹⁶⁾ つぎに本条を命令規定と解すべきであると指摘されるが、会社法の規定は効力に関する規定もあれば命令的な規定もあってその差異は結局規定内容の実質によって定まるべきかと考え、これらの観点を考察するに本説における論理的弱点を感じる。これに対して無効説に関する見解は絶対無効説が当初主張されたが、その後承認があれば有効となり、⁽¹⁷⁾近時の資本主義体制下における経済取引の信用供与という視点より、必然的に取引の安定性の確保が主張され、相対的無効説の見解が主張されて

いる。⁽¹⁹⁾ 相対的無効説は商法第二六五条違反の自己取引の効力を緩和し、有効説と同じく取引の安全保護を重視しようとする見解で、特に手形取引に関して顕著に主張され近時の判例においても採用されている。すなわち自己取引の場合の商法第二六五条違反の効力に関しては会社とその取引の相手方たる取締役との間で無効であるが、善意の第三者には対抗（有効）できないとする見解である。そこでかかる相対的無効説が果して論理的妥当性を有すか否かにつき次節（取締役と自己取引における手形行為）において考察することとする。

(1)

大判明36・9・4民録一〇輯九五六頁

大判明36・2・7民録一一輯一三五頁

大判明38・4・6民録一一輯四七四頁

(2)

大判明42・12・2民録一五輯九三一頁

この判決は連合部判決で、その趣旨は商法第一七六条違反の取引を取消しうべき法律的根拠は、法条を明示することが民商法の一貫した主義であって消長を会社の意思に一任すべきものでない。

また会社の存立は公共の利益の裨補にありまて本条を会社の利益を保障するにあるのであって本条の承認を得ないかかる手形行為は無効であり従つて会社は善意の手形所持人に対しても支払を拒むことができるとしている。（本判決は現在の株式会社社の激増と法人格否認論より今日では妥当しいかと思う）

(3)

大判大8・4・21民録二五輯六二四頁

大判大9・7・10民録二六輯一〇六八頁

大判大13・7・10民集三卷九号三四九頁

大判昭6・11・21新聞三三四号一一頁

- (4) 最判昭43・12・25民集二二卷一三三三五一一頁
最認昭46・10・13民集二五卷七号九〇〇頁
- (5) 石井昭久 会社法律大辞典一三〇頁
鈴木研雄 新版会社法一四三頁
- (6) 田中誠二 商法研究「商法第二六五条についての最近の最高裁大法定判決の問題点」一八四頁
- (7) 北沢正啓 前掲株式会社法研究二五〇頁
菅原菊志 ジュリスト商法の判例第三版「取締役会社間の取引」八七頁
- (8) 松田二郎 新会社法論二二頁
松田二郎 鈴木忠 条解株式会社法(上)三〇一頁
- (9) 田中耕太郎 改訂会社法概論(下)四〇二頁
- (10) 並木俊守 商法の論点(会社法)二〇二頁
- (11) 大森忠夫 新会社法講義二〇八頁
- (12) 西原寛一 会社法商法講義(一)二二二頁
田中誠二 会社法詳論(上)四八〇頁
- (13) 田中誠二 商法の諸問題「取締役と会社との取引の効力について」二七一頁
- (14) 田中誠二 前掲商法の諸問題二七一頁以下
大浜信泉 前掲株式会社法講座三卷一〇七一頁
- (15) 田中誠二 前掲商法の諸問題二七一頁以下
本間輝雄 註釈会社法四卷四二九頁
- (16) 小川善吉 会社と訴訟松田判事つ聯四〇年記念「取締役の自己取引の諸問題」四九五頁
松本烝治 会社法講義三四八頁
- (17) 松波仁一郎 日本会社法一二二頁

(18) 石井照久 会社法三四二頁

絶對的無効ではなく承認があれば有効となる。即ち事後の承認を認める無効説

松田二郎 新会社法概論二二三頁

当然無効ではなく、無權代理行為の効果が有り取締役の承認があるときは完全に有効となる

(19) 鈴木竹雄 新版会社法一四六頁

大隅健一郎 私と商事判例「取締役の自己取引について——最近の判例から——」五二〇頁

北沢正啓 前掲株式会社注研究二七一頁

菅原菊志 前掲ジュリスト商法の判例第三版八七頁

二、自己取引と手形行為について

手形行為が商法第二六五条の適用範囲として包含されるか否かについては、手形行為の本質的性格の見地と会社の利益保護と取引の安全確保を本条の立法趣旨との関係においてどのように調和させるかという見地からの考察の差異によって見解が別れ、多くの学説が論じられているが、今日の手形行為に関する見解は本条の適用範囲に包含されるとの見解が一般的な通説となっている。そこで本条違反の手形行為の効力が問題となる。ここにおいてこの問題に関し現在有力とされている有効説と相対的無効説を中心に判例の動向と対比しつつ考察することとする。

〔1〕 本条適用の適否と取締役会の承認の適否

手形行為が商法第二六五条の適用範囲か否かについて判例の立場は当初取引の効力について、「商法第百七六条二

所謂取引トハ汎ク財産權ニ関スル法律行ヲ指稱シ必スシモ有償行為ノミニ限定セラレタルモノニ非ス⁽¹⁾、「苟モ取締役トノ間ニ於テ為スモノナル以上如何ナル取引ニ付テモ監査役ノ承認ヲ要スル⁽²⁾」と判示し、無制限適用説を採用していた。その後本条の「取引ナル文詞モ利害關係ノ衝突ヲ惹起スベキ取引ヲ意味シ債務履行ノ如キ既に法律上確定シタル目的物件の給付ヲ為スコトハ何等ノ弊害ヲ生ゼザレバ以テ右取引ノ内ニ包含セザルモノト解スル⁽³⁾」として爾後判例は制限適用説を採用し、現在においては本条の取締役会の承認を要する取引に関しては、自己取引によって会社との關係において利益相反のおそれのある取引にのみ限定適用されるとする見解で一致しているようである⁽⁴⁾。つぎに大審院明治四二年二月二日民事連合部判決は「株式会社カ其取締役ノ一人ニ対シ約束手形ヲ振出スニ当リ該取締役ニ於テ監査役ノ承認ヲ得サリシトキハ其所持人ノ取締役タルト被裏書人タルトヲ問ハス、又被裏書人ノ善意ナルト否トヲ分タス会社ハ常ニ手形ノ無効ヲ主張シテ支払ノ請求ヲ拒ムコトヲ得」と判示し、手形行為にも本条の適用があるとの見解を採り爾來一貫した立場をとっている⁽⁵⁾。そして判例はどのような手形行為が本条の自己取引に該当する行為であるか否かに關しての基準を、從來専ら各種の手形行為の一般的抽象的性質から画一的に判断を求めていたのである⁽⁶⁾が、最近⁽⁷⁾は從來の見解を離れ個別的具体的にその取引の実体を把握し、実質的基準によって判断をする傾向にあるとみられる⁽⁸⁾。判例に對し學説上は(1)人的抗弁説、(2)有効説、(3)善意取得説、(4)相對的無効説の見解に大別されている。

(1) 人的抗弁説は本来手形取引の安全を保護するという視点より生まれた理論で、田中耕太郎博士は商法第二六五條のいわゆる取引とは是れ例えば取締役が自己所有の土地を会社に売渡し、又は他人所有の土地を其代理人として会社に売渡すが如き場合を指す。此の場合にも会社を代表する取締役は自己なると又は其他の取締役とを問わない。茲に

言う「取引」の意義に關しては、目的論的解釈に従い、之を以て利害衝突を來し得る債權契約を意味するものと、契約履行たる物權行為並にこれに準すべき手形及び小切手に關与する行為の如きは此の中に包含されないと解する。私は原因關係と區別せられたところの手形及び小切手に關する行為自体は取引の手段たる行為であつて物權的履行行為と同様に其れ自身利害衝突を來し得べき行為でない故に、本条の取引中に包含すべきものに非ず、然らば取締役は壇に会社を手形行為をなし、会社に対して手形上の權利を行使し得るやらというに、此の場合監査役の承認を得ることを要するのは原因關係である債權行為であつて手形債務者である会社は取締役に対しては本条に基づいて原因關係について監査役の承認を欠く故に無効とする抗弁を提出して手形の支払又は償還を為さざるを得る。然し一旦手形が悪意又は重大なる過失なき第三者の手に歸したときは会社は其の者に対して責に任ずる⁽⁹⁾との見解を採り、これを支持する學說および多數の下級審判決がある⁽¹⁰⁾。(2)有効說の立場から田中誠二教授は手形行為者は手形行為により原因關係とは別に新たな債務を負担し、この手形債務は抗弁の切斷と舉証責任の轉換と不渡処分による取引銀行からの追放の危険および手形訴訟という特別の訴訟手續で追求を受けるといふ四大不利益を伴ひ、手形債務者にとり著しく不利な新しい地位を作るものであり、かつ取引の實際上は原因關係について証拠方法などを作らないで、すぐに手形の交付することは珍しくないことであつて、証拠の点では手形の授受が取引自体とも考えられるから、手形行為が利害衝突のおそれのない行為であるといふことは認められなく手形抗弁説を採ることができない。私は民法第一〇八条、商法第二六五条および同第七五条は手形行為についても適用があると考え「見解を採り又同趣旨の學說も多い⁽¹¹⁾。確かに田中(耕)博士の見解の如く、本条の適用を受ける行為は会社との利害衝突の生ずるおそれある行為とする前提

に異議はないが、会社との利益衝突のおそれがあるか否かの基準を単に形式的に定めることができるであろうか。ここにおいては手形行為の性質を抽象的に論ずるのみでは足りず、証券上の手形行為によって実質的に会社の利益と衝突するおそれが生ずるか否かにつき具体的に論ずるべきであろう。手形法における手形行為の無因性ないし抽象性と本条の規定にいう会社の利益を害するおそれがあるか否かの判断は次元を異にしている。したがっていわゆる無因性と手形行為の無因性ないし抽象性とは区別すべきと考えるので人的抗弁説を採用するわけにいかない。⁽¹²⁾ 又有効説を主張する田中誠二教授の見解に対しては、手形の授受は手形債務となる会社の不利益をもたらす行為として取締役会社間の取引に関する本条の規定の適用を受けると解されているが、そうかといって、所定の承認を受けない取引を一般に会社とその取締役との間でも有効とする見解に疑義を生ぜざるをえなく、本条の立法趣旨との関係からも賛成することができない。⁽¹³⁾ (3) 善意取得説を採る立場で松本丞治博士は「余は手形に関する法律行為を債権行為と物権行為とに区別して觀察する。手形債権行為は手形債務の負担を目的とする行為であって一方的行為と觀察せねばならなく、手形物権行為は所有権の移転を目的とする行為である」との見解のもとに、手形債権行為は一方的行為であるから本条の適用がなく、手形物権行為は契約であるから本条の取引に該当し取締役会の承認を要する。したがって相手方は手形所有権を善意取得しないから権利を行使できないが、手形所有権を善意取得した善意の第三者は権利を行使することができる⁽¹⁴⁾と主張する。同じく善意取得説に立つ鈴木竹雄教授は「私は手形行為は第一段の書面の作成によって手形債務が成立し、第二段の書面の交付によって右のように成立した手形上の権利が相手方に移転するものと考える」との見解のもとに、第一段の書面作成行為は不特定の相手方に対する一方的行為であるから、利害相反の問題を

考える余地がなく、したがって取締役会の承認がなくとも手形上の権利は存在するに至る。これに対し、第二段の書面の交付はこのように成立するに至った権利を移転する行為であるから、当事者間の利害は相反し、したがって取締役会の承認がなければ無効となる。その結果、手形上の権利が有効に存在していても、取締役は無権利者にすぎないため権利を行使することができないが、取締役からその手形の裏書などによって交付を受けた第三者はその手形の権利を善意取得することができると主張する。⁽¹⁵⁾この理論は松本蒸治博士の手形理論を手形に化体した、手形上の権利とは離れた手形紙片の所有権という觀念をすて、これに代ってクエンツに始まり田中(耕)博士に至る迄の手形創造説を採り入れた見解を採り下級審判例がある。本問題を手形固有の理論によって解決しようとする点傾聴すべきであるが、いささか技巧的にすぎ、その理論的基礎となっている創造説自体に問題がある。さらに権利者のない権利なるものはおおよそ考えられず権利の所屬から引き離れた権利の⁽¹⁶⁾存在を認めることは不条理である。又この見解によれば一個の手形行為を二個の段階に分離して、交付行為のみに本条の適用を肯定するとの考えであるが、手形行為を相手方のある証券上の単独行為として考える立場からその各個に法律上の効力を認める見解は是認できない。⁽¹⁷⁾(4)相対的無効説は商法第二六五条違反の行為も会社と取引の相手方である取締役との間では無効であるが善意の無重大過の第三者に対しては対抗⁽¹⁸⁾(有効)できないとする見解で、本条は手形行為に関しても適用されるところである。この見解は学説上も有力であり近時の判例においてもこの立場を採用しているものと思われる。最高裁判所は昭和四三年一月二五日の大法廷判決(民集二二卷一三三三頁)をもって、債務引受のような間接取引も取引の安全の見地より善意の第三者を保護する必要があるとの理由により、又昭和四六年一〇月一三日の大法廷判決(民集二五卷七号九〇

○頁）においては手形行為の商法第二六五条の適用の是否につき相対的無効説の見解を採用する旨を明らかにした。つぎにこの判例を概観する。

(一) 事案（最判昭和四六年一〇月一三日民集二五卷七号九〇〇頁）

上告人Y会株式会社（被告控訴人）は、同会社の取締役たる訴外Aに宛てて約束手形を振出したが、その際、Y会社は商法第二六五条の規定する取締役会の承認を受けなかった。訴外Aは、これらの手形を被告上告人X（原告、被控訴人）に裏書譲渡をしたが、Xは手形取得に際しその振出しにつき取締役会の承認がなかったことを知らなかった。本件(イ)の手形は右のうち一通であり、本件(ロ)の約束手形は右のうち一通である。ただ(ロ)の手形は手形上の記載によると、Y会社がAを受取人として振出し同人が裏書きをしたようになっていたが、実際上は、Y会社が受取人欄を白地にして直接Xに交付し、XがAをして受取人欄にその氏名を記載し裏書をさせなかったものである。Xは(イ)および(ロ)の約束手形の所持人としてY会社に対して手形金を請求した。ところがY会社は本件手形の振出しはY会社と取締役Aとの間の取引であるので、右取引について取締役会の承認がないことを理由として、その取引は無効であつて会社はその手形債務の負担責任がないと抗弁した。原審は手形の取得にあたり原告は悪意重過失はなかったと認定、手形法第一六条二項により原告は手形を善意取得したと判示し原告の請求を容認した（控訴審も結論は同旨）。そこで被告は上告した。¹⁹⁾

(二) 判旨（上告棄却）

およそ約束手形の振出は、単に売買、消費貸借等の実質的取引の決済手段としてのみ行なわれるものではなく、

簡易かつ有効な信用授受の手段としても行なわれ、又約束手形の振出人はその振出により、原因関係とは別個な新たな債務を負担し、しかもその債務には挙証責任の加重、抗弁の切斷、不渡処分の危険を伴うことにより原因関係の債務よりも一層厳格な支払義務であるから、会社がその取締役宛てて約束手形を振出す行為は原則として商法第二六五条のいわゆる取引に該当し、会社はこれにつき取締役会の承認を受けることを要するものと解するのが相当である。……………ところで手形が本来不特定多数人の間を転々流通する性質を有するものであることにかんがみれば、取引の安全の見地より善意の第三者を保護する必要があるから、会社がその取締役に宛てて約束手形を振出した場合においては、会社は当然取締役に對しては取締役会の承認を受けなかったことを理由としてその手形の振出に主張することができ、いったんその手形が第三者に裏書譲渡されたときはその第三者に對して、その手形の振出につき取締役会の承認を受けなかったことのほか、当該手形は会社からその取締役に宛てて振出されたものであり、かつその振出につき取締役会の承認がなかったことについて右の第三者の悪意があつたことを主張し立証するものでなければ、その振出の無効を主張して手形上の責任を免れないものと解するのを相当する（この判旨に反する大審院明治四二年（オ）第二七九号同年二月二日民事連合部判決、民録一五輯九二六頁はこれを採らない）。したがってこの場合には手形法第一二条の適用はなくその解決適用につき所論のような論議をなす余地はないのである。

本件の判旨を分析すると(イ)会社が取締役に宛てての約束手形および約束手形の書替前の約束手形の振出行為は、商法第二六五条にいう取引に該当し、取締役会の承認を要する。(ロ)会社は当該取締役に對しては取締役会の承認を受けなかったことを理由として、手形の振出行為の無効を主張することができる。(ハ)その手形が裏書譲渡によりいったん

第三者に移転した場合には、善意の第三者に対してはその無効を主張しえなく、悪意の第三者に対しても悪意の挙証をしなければその無効を主張しえないことになる。私は本件が相対的無効説の採用により会社利益の保護と手形取引の安全の保護（広く取引の安全確保と解する）との調和を示唆した妥当な論理と考え、又商法第二六五条の立法趣旨にもかなうものである。さらに相対的無効説の見解は取締役の自己取引に関して、直接取引にも間接取引にも妥当性のある理論と考える。なお本件判決においては多数意見を支持する裁判官が九名で少数意見を主張する裁判官が六名であつたことに注目する必要がある。少数意見に關しては次節（相対的無効説への批判と課題）において相対的無効説への批判として掲載し検討を加えることにした。

(1) 大判大4・10・21民録二一輯一六七〇頁

(2) 右同判例

(3) 大判昭5・2・22法学新報二二三号

(4) 最判昭39・1・28

会社が取締役役に約束手形を裏書して手形金額と同額の融資を受ける場合は、取締役の利得も会社の犠牲に何等の弊害もみられないから、その裏書は商法第二六五条の取引に該当しないと、事実上会社の利害を害するおそれのない場合には取締役会の承認を要しない。

(5) 大判明42・12・2民録一五輯九二六頁

(6) 大判昭46・10・13民集二五巻七号九〇〇頁

(7) 大判大9・12・2民録二六輯一八八七頁

大判大12・7・11民録二巻一〇号四七七頁

東京高判昭31・11・14下民集七巻一〇号三二二八頁

(8)

最判昭38・3・14民集一七卷二号三三五頁
最判昭38・12・6民集一七卷一二号一六六四頁
取締役が、その会社に対して無利息、無担保で金員を貸付ける行為は、特段の事情のない限り会社の利益にこそなれ不利であるといえないから取締役彼の承認を要しない。

(9)

最判昭39・1・28民集一八卷一〇号一八〇頁
東京高判昭和45・2・10判例時報五九五号九一頁
田中耕太郎 改正会社法概論五八五頁

(10)

石井照久 改訂商法―(二)四五八頁
松田二郎 会社法概論二〇四頁

(11)

大浜信泉 前掲株式会社法講座三卷一〇七〇頁
東京高判昭36・10・9金融法務二九〇号一〇頁
東京地判昭33・12・12下民集九卷一二号二五八六頁
田中誠二 新版手形小切手法八九頁以下
大隅健一郎 手形法小切手法講座一巻二二〇頁
野津務 新会社法一九六頁

(12)

西原寛一 会社法二二二頁
大阪高判昭30・7・9高裁民集一六卷四号二八〇頁
会社が振出した手形に取締役が隠れた保証裏書をする目的で受取人となるときは、実質的にみて会社に不利益を与えるおそれなしとして商法第二六五条の適用を排除した。
最判昭38・12・6民集一七卷一二号一六六四頁
最判39・1・28昭民集一八卷一〇号一八〇頁

- (13) 鈴木竹雄 手形小切手法一五二頁
- (14) 松本系治 商法解釈の諸問題四六一頁以下
- (15) 鈴木竹雄 手形小切手法一四二頁以下
- 大阪高判昭36・4・12高民集一四卷四号二五七頁
- (16) 西原寛一 金融法務事情六三六号六四頁
- 本間輝雄 註釈会社法四四三二頁
- (17) 北沢正啓 前掲株式会社法研究二五五頁
- 小川善吉 前掲会社と訴訟(下)四八四頁
- 長谷川雄一 法経論集「手形取引と商法第二六五条の適用」七四号四八頁
- (18) 鈴木竹雄 会社と訴訟(下)「株式会社と取引の安全」一二二四頁
- 菅原菊志 前掲現代商法学の課題一四六頁
- 大隅健一郎 私と商事別例五二四頁
- 北沢正啓 前掲株式会社法研究二七一頁
- (19) 竹内昭夫 竜田節会社法第二卷三一八頁

三、相対的無効説への批判と課題

商法第二六五条と自己取引に関し、かかる取引の概観、適用範囲、効力等の問題を判例学説をとおして検討してきたが、判例においても幾多の変遷をし、学説においても諸々数多く説かれ統一の見解に至る迄にはまだまだ長い道の

りを必要とするようである。しかし判例においては相対的無効説の採用により本条の立法の趣旨である会社利益の保護と取引の安全確保という商法の二大原則の調整の問題を解決したようである。学説上においても相対的無効説が有力な位置をしめているようであるが、相対的無効説の見解も決してまだ確立された理論と言えぬ面を有している。そこで相対的無効説への批判を検討し、将来への課題を提起してみたいと考える。

〔1〕批判と検討

(1)相対的無効説と実定上の根拠についての批判、相対的無効説は商法第二六五條違反の取引はその効力に関して会社と取引をする相手方である取締役との間では無効とし、善意の第三者に対しては対抗（有効）しえないとの見解を採っている。しかしその実定法上の根拠を欠き安易便宜的な解釈に陥っている。法規違反の効力は私法上重要な問題であるから法文にその点を明記する例が多い。しかしその点の規定がない場合には解釈により定めなければならない。この場合行為の私法的効果を否定する無効説を採るか、行為は有効とし罰則の適用ないし損害賠償の問題とすることは、法規の目的の理解いかんにより解釈の分かれうるところである。しかし取消および相対的無効に至ってはその効果が単純でないため、一々法文に明記するのが通例（民四條二項九條一二條三項、九三條—九六條、一九〇條二四七條等）である。ただ結果が好ましいという漠然たる政策論だけで、みだりに解釈によって変態的效果を与えてはならないとする批判である。確かに無効は当然何人に対しても無効であるとする原則的理論からすれば無効の理論に反するものといわなければならない。しかし川島武宜教授理論を借りれば法律行為の効力は必ずしも全か無かの二者択一ではなく、その間に種々の段階的差異の存することが論理的に可能であるのみならず、事実上も民法において認め

られている。法律行為にどのような効力を認めるべきかはそれぞれの法律行為についての価値判断によって決せられる問題であつて、又法律行為の諸々の段階は種々の標準によつて分けることができる。効力主張者による分類として①すべての人によつて主張されうる無効、②特定の人によつて主張されうる無効、③特定の人によつて主張されうる有効、④すべての人によつて主張されうる有効、一方効力主張の相手方による分類として①すべての人に対して主張されうる無効、②特定の人に対して主張されうる無効、③特定の人に対して主張されうる有効、④すべての人に対して主張されうる有効とを考へることが出来る。そして諸々の平面におけるそれぞれの段階は相互に組み合わされて法律行為の効力のヴァリエーションをつくる。現行法の無効取消はその一つにすぎず、民法の解釈論および立法論においては現行法の無効取消の要件や効果にとらわれるべきでないとの見解を示されている。この見解から考へて特定人に対して主張できる無効と特定人に対して主張できない無効（有効）⁽²⁾という相対的無効観念は可能なのではなからうか。民法第九三条の心理留保が非常に類似していると思はれる。この心理留保が例外として無効とされる場合にこの無効をもつて善意の第三者に対抗することができるか。例えばAが心理留保による売買で不動産所有権をBに譲渡し、Bが心理留保を知らないCにこれを譲渡した場合に、AはCに対しA・B間の譲渡の無効を主張しうるかという問題に対して、民法第九四条二項のように規定がないので肯定する学説が多かつたが、現在では内心の意思を表示された効果意思の不一致を相手方が知っている点では虚偽の表示と心理留保との間の差異がないことと、善意の第三者のために、民法第九四条二項の規定の趣旨を拡張してここに類推適用を認めるのが通説である。⁽³⁾かかる心理留保も無効の原則理論を第三者の利益保護の要請にもとづく拡張解釈と解することができまいか。又民法第九五条の規定に関し

ても、錯誤にある無効主張は絶対的無効を通説としていたが、今日の学説では錯誤による無効制度は表意者保護のためのものであるから錯誤者自身のみ主張しうる（一種の相対的無効）という説が有力である。⁽⁴⁾私は川島教授の説かれる如く、法律行為にどのような効力を認めるべきかはそれぞれの法律行為についての法的価値判断によって決せられる問題で法律行為の効力は必ずしも全か無かの二者択一でなく、その種々の段階差異の存することが論理的に可能であると考え、善意の第三者に対抗しえない無効の理論が必ずしも明文の規定の存在のみに観念として拘束すべきではないと思う。商法第二六五条に対する違反行為の効力のように明文の規定がなき場合においても、本条の立法趣旨の到達しようとする目的（会社利益の保護）と取引の安全の保護（善意の第三者の保護）との調和的観点の要請から第三者に対抗しえない相対的無効の理論を採用することは可能である⁽⁵⁾と考える。又昭和四十二年改正の会社更正法においては管財人の自己取引について裁判所の許可を要し、その許可をえないでした取引は無効であるが、その許可の有無は善意の第三者に対抗しえないものと規定（会社更正法第五十四条ノ二、五五条）している。これは相対的無効の理論を採用したものと解され、この規定の類推適用によることも考えられるとする見解もあるが、⁽⁶⁾管財人の性格および権限範囲の特殊性からみて賛成をしかねる。

(2)昭和四十六年一〇月一三日、大法延判決（民集二五卷七号九〇〇頁）における少数意見からの批判、本判決において多数意見を支持する裁判官が九名で少数意見を主張する裁判官が六名であったことは既に述べたところであるが、少数意見の中で特に問題となる点を探り上げることにする。手形行為が商法第二六五条の中に包含され本条の適用があるとの解釈は大審院、最高裁が一貫して踏襲してきた見解（本条の適用の適否と取締役の承認の適否で記述）

であつた。ところが少数意見はかかる適用包含説という大前題を批判し、約束手形の振出行為は本条に包含されるべきではないとの手形行為非包含説の見解を主張していることである。商法第二六五条の法意は取締役個人と株式会社との利害が相反する場合において、取締役個人の利益で会社に不利益な行為が濫りに行なわれることを防止しようとするものである。ところで約束手形の振出は売買、消費貸借等の取引の決済又は信用授受などの原因関係の手段としてなされる行為であり、それ自体としては原因関係と独立して取締役個人に新たな利益を与え会社に新たな不利益をもたらすとはいえない。したがって約束手形の振出は金銭の支払と同様、民法第一〇八条但書の債務の履行と同じく、同条のいわゆる取引に包含すべきではないとの見解である。その根拠として約束手形の振出自体が同条のいわゆる取引に該当するならば次のような不合理な結果を招くとしている。すなわち(イ)原因関係が右取引に關係しない場合、例えば株式会社が取締役から無利息で金員を借り入れた場合にその返済の履行として株式会社が取締役に対し約束手形の振出を要する(ロ)原因関係が右取引に該当する場合、例えば株式会社が取締役から不動産を買い受けた場合右売買につき取締役会の承認を受けたときでもその代金の支払のため株式会社が取締役に対し約束手形の振出するときには、さらに取締役の承認を要することとなる。(ハ)小切手の振出も法律上は手形の振出と本質において異なるところはないのであるから、株式会社が取締役に対し小切手を振出するときにも取締役会の承認を要することを理由としてゐる。⁽⁷⁾これに対し多数意見は判旨の如く(イ)約束手形の振出は原因関係上の債務の得済手段としてのみ行なわれるものではなく、簡易かつ有効な信用授受の手段としても行なわれ、又約束手形の振出人はその手形の振出により原因関係におけるとは別個の新たな債務を負担し、しかもその債務は原因関係上の債務より

一層厳格な支払義務を包含している。(ロ)会社が取締役に対する既存債務の履行に關し約束手形を振出す場合において、すでにその債務の成立につき取締役会の承認があるときは、重ねて手形の振出についてまでも取締役会の承認を要求する理由はないかのようであるが必ずしもそうとはいえない。会社は約束手形の振出により原因關係上の債務とは別個の新たなしかも一層厳格な債務負担するのであるから、むしろ一般的には取締役個人に利益にして会社に不利益を及ぼす行為といふべきであつてこれについても取締役会の承認を要求するのが商法第二六五条の立法趣旨にそのものである。したがつて会社は原因關係上の取引と約束手形の振出の双方につき取締役会の承認を受けることを要するが、会社がそのために二度取締役会を招集する煩をいとならば、原因關係上の取引につき取締役会の承認を受けるにあたり、これに基づく手形の振出についても同時にその承認を受けておけば済むことであつて、かかる自己取引については通常の取引におけると異なり、簡易迅速に行なわれる配慮よりも、むしろできるだけ慎重な措置を要求すべきものと考えらる。(ハ)小切手はいわゆる支払証券であつてその経済的機能においては金銭の代用物とも言ふべきであるから、このゆゑに法も小切手の振出にはその支払に必要な資金の存在を強制している(小切手法三条七一条)。会社がその取締役に對する金銭の支出につき取締役会の承認を受けているときは、小切手の振出につき改めてその承認を得る必要なことと當然と解するべきである。⁽⁸⁾との見解を採っており、まさしく相対的無効論の妥当性を主張していると解される。

(3)手形行為における会社と取締役との間の利益相反有無に關する判断基準への批判、相対的無効説によれば手形行為が本条に該当するか否かの基準を、手形行為の一般的抽象的性質による基準から具体的実質的基準をも判断基準と

して考慮するとしているが、そのことは實際的にみて極めて漠然となり、当事者はもとよりそのような手形を取得する手形関係人の手形の有効性に対する判断をも困難にならしめるを招き、とくに自己取引か否かの基準を単に経済的に有利か不利かを基準として判断しているとすればますますその判定を困難にならしめることとなる。⁽⁹⁾ この見解に対しては判例も手形行為になされるに至った具体的事情を考慮して利益相反を實質的に判断する、いわゆる實質的基準を採用する傾向にある。⁽¹⁰⁾ 私は自己取引における取締役と会社間の利害相反のおそれがあるか否かの基準は第一次的には取引を定型的、抽象的性質によって判断し、第二次的には個別的、具体的實質的性質によって判断されるのであって、とくに不都合は生じないと考える。⁽¹¹⁾ 又相対的無効説の場合は本条違反の取引に関し会社と当該取締役間の効力は無効であるが、善意の第三者に対しては無効(有効)を主張できないと解するので、第三者の悪意の挙証は会社がしなければならぬのであるから当該取引の公正不正の有無の判断は、会社と当該取締役との間の問題であって取引の安全が害されるとは解しがたく、批判のようにいわゆる取引をそう嚴格に解する必要がないと考える。

- (1) 西原寛一 金融法務事情六三六号六三頁
田中誠二 前掲商事法研究二卷一八二頁
- (2) 川島武宣 民法総則(法律学全集)四一一頁
我妻栄 民法総則(民法講義一)二八八頁
- (3) 川島武宣 前掲民法総則二六九頁
- (4) 菅原菊志 前掲取締役ハンドブック六〇頁
川島武宣 前掲民法総則三九六頁
- (5) 北沢正啓 前掲株式会社法研究二五六頁

- 菅原菊志 前掲現代商法学の課題（下）一四一八頁
- (6) 鈴木竹雄 商法研究会社法五八頁
- (7) 岩田誠 村上朝一 関根小郷 藤林益三 田原昌男 裁判官の見解（なお田中（耕）改正会社法概論五八五頁参照）
- (8) (イ)は判旨、(ロ)は大隅健一郎裁判官の補足意見を参照
- (9) 本間輝雄 前掲註釈会社法四四三四頁
- (10) 最判昭39・1・28民集一八卷一〇号一八〇頁
- 東京地判昭30・7・9下民集六卷七号一四九四頁
- 東京地判昭31・1・9下民集七卷二六九五頁
- 大阪高判昭38・6・27高民集一六卷四号二八〇頁
- (11) 菅原菊志 前掲取締役ハンドブック六一頁
- 商法第二六五条の適用上考えられる取引の態様の分類Ⅰ類的にみて会社にとって不利益で取締役にとって有利な行為であって①実質的にそうである場合（同条の適用がある）②実質的には何ら会社にとって不利益でない場合（同条の適用を否定すべきであろう。但し取引の有効を主張する者がその取引が会社にとって不利益でないことを立証しなかなければならない）。
- Ⅱ類的にみて会社にとって不利益でない行為であって
- ①実質的にもそうである場合（同条の適用がないものとする）
- ②実質的には会社にとって不利益である場合（同条の類推適用により会社の保護を認める。そして取引の無効を主張する者が、その取引が実質上会社にとって不公正であること、およびその取引につき取締役彼の承認がないことについて相手方の悪意を立証しなければならない）との見解を採っている。

私は商法第二六五条の解釈につき相対的無効説の立場から概観し、近時の判例もこの傾向を示唆し、有力な学説をも考察しそこに論理的妥当性をみい出したのであるが、やはり本条自体の明文上の不備を感じるとともに、それに基づく相対無効理論の実定法の根拠に対する弱さを感じえない。本条の解釈について学説上乱立の感あるも本条の規定自体が不十分であることを証明しておるようである。いわゆる自己取引に関して明確な実定法をもって規定している諸国があるのであって、とくに日本特有の企業構造は中小零細企業の類型に至るまで、株式会社という法企業態を有しているのが現状である。今後益々同条にかかわる係争事件は多くなるであらうと予想される。その反面、企業は益々複雑な企業結合をていし又会社の円滑な経営活動の上でかかる自己取引は必然的かつ重要な意義を有して来るものと考えられる。と同時にある者が他の者を代理あるいは代表して自己と取引をする場合に、とかく自己の利益への誘惑にかられることも人間が存在する限り否定できない事実である。このような観点からも自己取引に課する効力の問題は実定法からの明確な根拠を明文によつて解釈する必要があるものと考ええる。外国法を概観すると、まずアメリカにおける自己取引は取締役の忠実義務 (Fiduciary duty of loyalty) すなわち取締役が自己個人の利益その他会社の利益以外の利益を図つてはならないとする義務の具体化として規制されている。自己取引に關しての多くの判例は、利害關係のある取締役の出席が取締役会會議の定足数にその票が取引を承認する決議の成立に必要な場合において、当該取締役がその取引が会社にとって公正であることを立証するときはこの取引は有効とされる。又この取締役が定足数にその票が決議の成立に必要な場合においては、会社の選択により取引は取消すことができる⁽¹⁾としている。又最近のアメリカでは取締役が役員を兼ねる場合その相互の報酬の決定が上記の事情のもとでなされること

について、その決定が公正であれば有効である判例⁽²⁾のように、その取引が公正 (fair) であれば手続的な瑕疵があつても有効とするいわゆるリベラル、ルール (liberal rule — 自由な原則) が有力であるとされている。ニューヨーク事業会社法第七一二条は (a) 会社と取締役もしくは役員又は会社と取締役もしくは役員でありもしくはは経済的利害関係を有する他人の会社、組合、社団もしくは他の法主体 (組織) との間の契約もしくはは取引は次の各号の場合においては、当事者を理由とし又は取締役もしくはは役員がその契約もしくはは取引を授權する取締役会もしくはは委員会の会議に出席しもしくははその者の議決がその目的のために算入されていることを理由として無効又は取消しをできるものとはならない。(1) 取締役会または委員会が取締役もしくはは役員の共通または利害関係の開示を受け又はこれを知り、かつ、この利害関係を有する取締役の議決を算入することなく承認に十分な議決によりこの契約もしくはは取引を授權するとき。(2) 議決する権利を有する株主が取締役もしくはは役員の共通または経済的利害関係の開示を受けまたはこれを知り、かつ、その議決によりこの契約もしくはは取引を承認するとき。(3) 契約又は取引が、取締役会、委員会または株主により授權される時現在で会社に関して公正であるとき。(b) 共通の取締役又は利害関係を有する取締役も、この契約もしくはは取引を授權する取締役会または委員会の会議において定足数の出席を決定するときにこれを算入することができる。(c) 基本定款または附属定款に異なる定のあるときを除き、取締役会は資格のいかんを問わず取締役の提供する役務につきその報酬を決定する権限を有する。と規定し、取締役に対する金銭の貸付は株主の議決により授權される以外は禁止されており、これに違反した場合はこれを承認する取締役の義務違反となるが金銭の貸付に関する借主の債務はこれによって影響を受けないとされている (同法七一四条)。この規定はカリフォルニア、デラウェア法の規定

に類似していることがみられるが、一般に会社の行なう取引に取締役が利害関係をもつ場合の規制は、公正の判断 (fairness test) を中心に行なわれている。不正な (unfair) 取引は取締役会のまたは株主総会の同意があっても無効または取消しうるとし、逆に公正 (fair) であれば手続的に瑕疵があっても有効として扱う。これは会社の正当な利益の保護という法目的を達しながら他方取引の効果が後になってくつがえり不必要な困乱を生ずることを防ぐための配慮をしている。フランス会社法においては第一〇一条では取締役または副社長と会社間の取引として①自己取引の規制主体、②自己取引の規制対象にかかわる原則規定を、第一〇六条では取締役に禁止された自己取引として①自己取引禁止の適用範囲、②自己取引禁止の違反効果を、第一〇二条では事前の認許を要しない取引として自由なる取引を規定して自己取引の範囲を明確にしている。又第一〇三条では自己取引の認許および承認の方法として①取締役に対する開示、②取締役会による事前の認許、③会計監査役に対する通知、④会計監査役の特報報告書、⑤株主総会による承認に関して、第一〇四条では自己取引に対する総会の効果として①総会の承認があった場合、②総会の承認がなかった場合の効果⁽⁴⁾を、第一〇五条では自己取引に対する取締役会の認許の効果として①取締役会による事前の認許がなかった場合、②取締役にによるその他の手続きがなかった場合における効果を規定している。とくにフランス会社法における利益相反の有無の決定基準は第一〇六条に規定された取締役の禁止された自己取引（金銭の貸付を受け、交互計算その他によって信用を受けることを会社に同意させ、又は第三者に対する自己の債務につき会社に保証させもしくは手形保証をさせる行為）を除いては、取引の抽象的性質でなく具体的合理性又は公正に求められているといえる⁽⁵⁾。又、第一〇六条の絶対的禁止取引に関しての人的範囲は取締役のみでなく、取

締役の配偶者、直系尊属および直系卑属、さらにすべての介在者に対しても適用され（同条三項）、脱法行為の防止が徹底していることである。不徳の取締役から会社財産を護り、株式や会社債権者が不測の損害を受けることを防止しようとする立法趣旨はわが商法第二六五条も同じく考慮する必要があると考える。このように取締役の自己取引に關してはわが商法に比較して、フランス会社法の規定は明確かつ合理的といえる。概観を整理すると(1)自己取引か否かの決定要因たる利害相反の有無の基準に關して、まず必然的に利害相反をもたらす若干の取引はその抽象的性質にもとづいて絶対的に禁止し明文をもって規定して第三者の保護をはかり、他方これ以外の取引に対しては個別的具體的妥当性（条件は法規定）をもって判断の基準としていること。(2)規制取引に広範な間接取引を含めながらその限界を不明確にならしめないように明文をもって第三者の注意を喚起していること。(3)違反行為についても絶対的禁止行為の効力の無効の他は、会社に損害が生じた場合および詐欺の場合のみに無効の訴を可能にしつつ裁判官に裁量権を認めて利益衡量の機会を与え、会社の利益と第三者の利益との調和をはかっている⁽⁶⁾。

イギリス会社法においては、取締役が会社と取引することは附随定款の明確な規定によってこれを許容している場合（現代においては取締役が直接に間接に会社と取引することにしなないと種々の不便が生ずるので、各会社の附随定款において許容の範囲には広狭の差があるけれども取引の規定を設けるのが普通である）イギリス会社法第一附則A表第八四条）を除き極端に制限されている。附随定款に規定がない場合には、ただ自分の会社の株式を引受けることと取引の通常のやり方によってその会社の社債を引受けることだけに限定され、その他の事項については会社と契約をすることができない。これに違反した取引行為の効力は会社は当該取締役に對して、その契約を取消して代金

返還請求をするか、その取引行為の効力を認め取締役が自分の利益を開示しなかったことを理由として会社の受けた損害賠償の請求ができることとして、自己取引してはそれを取消しうると規定しているのみである。⁽⁷⁾ 会社の与信行為に関しては会社がその取締役にはその持株会社の取締役に金銭の貸付をすることおよび金銭の貸付をした第三者に對して保証その他の担保を提供することは原則として禁止されている（許容される場合、英会社法第一九〇条一項但書、同条二項⁽⁸⁾）。このように各国の諸立法を概観しても、いわゆる自己取引に關しての効力の問題は明確な規定を設け、かかる自己取引における紛争解決の困亂を避け会社利益の保護と取引の安全保護との調整ははかられている。とくに自己取引の範圍、承認を受ける義務者（受範者）の範圍、違反行為の効力に關してはフランス会社法が明解に規定している。わが商法の昭和二五年の改正はアメリカ法の導入のもとに取締役会が法定の機関として位置づけられた。それに伴つて会社業務執行の決定について広範圍の權限が付与され、その反面、經濟の發展は企業規模の拡大と技術革新に伴う近代化を促進し、それによつて株式の広範な分散、企業經營の複雑化、株主の經營への無關心現象が伴い、株主總會の權限が縮小され株主總會は、商法又は定款事項に限つて決議權を有するのみとされている（商二三〇条ノ二）。したがつて会社の業務執行の決定權は取締役会の構成員である取締役が握つていたのであつて、その行使を慎重かつ適正に行なわしめるために厳格な規定によつて責任と義務づけをしている（商二五四条三項民六四四条商法二五四条ノ二）。私は前述の如く自己取引は今後益々必然的なものとして重要な意義をもつて来るものと考えゐる。その反面自己取引の当該取締役はとかく自己の利益への誘惑にかられるものであること過去の歴史（判例）が証明していることにかんがみ、學說上および實務上の観点からも商法第二六五條の不明性を認識し、自己取引に關する

規定の整備の問題ととらえ立法政策を考慮すべきではないかと考える。

- (1) 長浜洋一 アメリカ会社法概説一〇二頁
- (2) 長浜洋一 アメリカ会社法概説一〇二頁
- (3) 赤堀光子私法第三二号一五四頁
- (4) 註釈フランス会社法早稲田大学フランス商法研究会第二卷一〇一頁
- (5) 加藤徹 企業法研究二〇一輯四一頁
- (6) 加藤徹 企業法研究二〇一輯四三頁
- (7) 小町谷操三 イギリス会社法概説二七四頁
- (8) 小町谷操三 『イギリス会社法概説』二七八頁